This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

+ *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.

+ *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.

+ *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.

+ *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter `http://books.google.com` durchsuchen.

HARVARD LAW LIBRARY
3 2044 056 956 006

Die Richtigkeit der Forderungen als Voraussetzung der Compensation.

Von

Prof. Dr. E. v. Schrutka-Rechtenstamm.

Wien.
Manz'sche k. u. k. Hof-Verlags- und Universitäts-Buchhandlung.
1900.

HD
AUS
991.2
SCH

B.L. Mar. 1921

HARVARD LAW LIBRARY

Received Oct 6. 1920

Die

Richtigkeit der Forderungen

als

Voraussetzung der Compensation.

Von

Prof. Dr. E. v. Schrutka-Rechtenstamm.

Wien.
Manz'sche k. u. k. Hof-Verlags- und Universitäts-Buchhandlung.
1900.

OCT 6 1920

Druck von Friedrich Jasper in Wien.

In der »Beantwortung der Fragen, welche dem Justizministerium über Bestimmungen der neuen Proceßgesetze vorgelegt wurden« (Verordnung des Justizministeriums vom 3. December 1897, Z. 25.801, J. M. V. Bl. Nr. 44)[1]), ist zu § 391 C. P. O. unter Punkt 2 folgende Ansicht ausgesprochen:

»Unter welchen Voraussetzungen sich eine Forderung zur Compensation eignet, ist ausschließlich nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechtes zu beurtheilen. Durch die Bestimmungen der Civilproceßordnung, daß über geltend gemachte Gegenforderungen getrennte Verhandlung angeordnet und mittelst selbstständigen Urtheiles entschieden werden kann (§§ 188, 391 Abs. 3 C. P. O.), ist das Erforderniß der Richtigkeit für die zu compensirenden Gegenforderungen (§§ 1438 und 1439 a. b. G. B.) weder beseitigt noch modificirt werden.«[2]).

Allein von einer Anzahl von Schriftstellern wird das Gegentheil gelehrt[3]).

---

[1]) Ueber die Bedeutung der »Beantwortung« vgl. v. Schrutka, Ueber das jus novorum in der Berufungsinstanz, Festschrift für Unger, Stuttgart 1898, S. 369, Anm. 1.

[2]) Vgl. auch Klein, Vorlesungen über die Praxis des Civilprocesses, Wien 1900, S. 211. Dazu Juristische Blätter, 1900, S. 38.

[3]) So von M. Schuster v. Bonnott, Grundriß des Obligationenrechts, Leipzig 1899, S. 41; v. Stubenrauch, Commentar zum österreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche, 7. Aufl. bearbeitet von M. Schuster v. Bonnott, K. Schreiber und A. Krasny. Bd. II, Wien 1899, S. 821; Krainz, System des österreichischen allgemeinen Privatrechtes, 3. Aufl. bearbeitet von Ehrenzweig, Bd. 2, Wien 1900, S. 174.

Vgl. auch B. Beck, Zehn Abhandlungen zum neuen österreichischen Civilproceßrecht, Wien 1898, S. 5 f.

Dagegen folgen der Beantwortung: v. Fürstl, Die neuen österreichischen Civilproceßgesetze mit Erläuterungen, Bd. 1, Wien 1897, S. 292, und G. Neumann, Commentar zu den Civilproceßgesetzen, Wien 1898, S. 561, Anm. 5, 748; Hergel, Zu § 391 Abs. 3 C. P. O. (Behandlung der Compensationseinrede nach der Civilproceßordnung), Allg. österr. Gerichts-Zeitung, 1899, Nr. 25; v. Neumann-Ettenreich, Allg. österr. Gerichts-Zeitung, 1898, Nr. 2, S. 23.

Vgl. auch noch Allg. österr. Gerichts-Zeitung, 1900, Nr. 7, S. 51.

Uebersehen ist die Frage bei Hasenöhrl, Das österr. Obligationenrecht, 2. Aufl., Bd. 2, Wien 1899, S. 564.

Angesichts dieser Divergenz dürfte eine neuerliche Prüfung der vom Justizministerium aufgestellten Behauptung nicht überflüssig sein. Sie soll in den vorliegenden Zeilen unternommen werden.

Die Natur der zu lösenden Aufgabe bringt es mit sich, vorerst zu ermitteln, was nach dem ursprünglichen Texte des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches Rechtens war (I.). Es ist das umso nothwendiger, als gerade das Erforderniß der Richtigkeit im Sinne der §§ 1438 und 1439 a. b. G. B. seit jeher der wissenschaftlichen Formulirung Schwierigkeiten bereitete und in der Praxis keineswegs mit Sicherheit gehandhabt wurde. Erst wenn über dasselbe Klarheit gewonnen ist, kann zu der Untersuchung übergegangen werden, ob und inwieweit die Bestimmungen der neuen Civilproceßordnung Wandel geschaffen haben (II.).

Es ist zuzugeben, daß den Factoren unserer Legislative nichts ferner lag, als der Gedanke, das materielle Compensationsrecht zu ändern. Allein wir dürfen uns bei dieser allgemeinen Erwägung nicht beruhigen. Sie enthebt uns nicht der Nothwendigkeit, darzulegen, was Inhalt des neuen Gesetzes ist und in welchem Verhältniß er zu dem bisherigen Rechte steht.

I.

Der § 1438 a. b. G. B. lautet:

»Wenn Forderungen gegenseitig zusammentreffen, die richtig, gleichartig und so beschaffen sind, daß eine Sache, die dem Einen als Gläubiger gebührt, von diesem auch als Schuldner dem Anderen entrichtet werden kann; so entsteht, insoweit die Forderungen sich gegeneinander ausgleichen, eine gegenseitige Aufhebung der Verbindlichkeiten (Compensation), welche schon für sich die gegenseitige Zahlung bewirkt.«

Und der § 1439 desselben Gesetzes sagt:

»Zwischen einer richtigen und nicht richtigen, sowie zwischen einer fälligen und noch nicht fälligen Forderung findet die Compensation nicht statt ...«

Was ist eine richtige und was eine nicht richtige Forderung im Sinne dieser beiden Gesetzesstellen?

Die nächstliegende Antwort auf diese Frage, die im Gesetze selbst nirgends ausdrücklich beantwortet ist, wäre die von v. Larcher[1]) gegebene. Er versteht unter einer richtigen Forderung die, welche zu Recht besteht, und unter einer nicht richtigen die, welche nicht zu Recht besteht. In dieser Bedeutung ist allerdings das Wort in den

[1]) Ueber den Begriff einer richtigen Forderung in den §§ 1438, 1439 a. b. G. B., Allg. österr. Gerichts-Zeitung, 1879, Nr. 28. Hier findet sich auch eine Uebersicht über die in der älteren Literatur aufgestellten Ansichten. Hinzuzufügen wäre noch v. Strahl, Ueber die Compensation, Zeitschr. f. d. österr. Notariat, 1863, S. 157.

§§ 1396, 1397 und 1406 a. b. G. B. gebraucht. Hätte er Recht, so wäre die hier zu untersuchende Frage, ob durch die neue Civilproceßordnung das Erforderniß der Richtigkeit berührt worden ist, von vorneherein zu verneinen. Allein seine Ansicht kann nicht getheilt werden. Daß eine Forderung, die nicht zu Recht besteht und eine Forderung, die zu Recht besteht, gegeneinander nicht aufgerechnet werden können, ist etwas so selbstverständliches, daß man dem allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche nicht zumuthen kann, es habe nur das und nichts mehr als das sagen wollen. Worin dieses mehr besteht, darüber geben uns zwei andere Paragraphe des Gesetzbuches Auskunft, die, soviel ich sehe, zu diesem Zwecke noch nicht herangezogen wurden. Das sind die §§ 1421 und 1435. Auch dort ist von einer richtigen Schuld die Rede und derselben die noch »ungewisse« Schuld (§ 1421), die Schuldforderung, die »auf was immer für eine Art noch ungewiß ist« (§ 1434) gegenübergestellt. So dürfen wir behaupten, daß auch in den §§ 1438 und 1439 a. b. G. B. unter der richtigen Forderung die gewisse und unter der nicht richtigen die Forderung zu verstehen ist, die »auf was immer für eine Art noch ungewiß ist«. Mit anderen Worten: Das Erforderniß der Richtigkeit in den citirten Paragraphen deckt sich vollständig mit dem gemeinrechtlichen Requisit der Liquidität, und das Gesetzbuch will im allgemeinen dasselbe sagen, was sonst durch die Rechtsparömie: Illiquidi cum liquido non est compensatio zum Ausdruck gebracht wird.

Unterstützt wird die hier vertretene Gleichstellung auch durch den unter Benützung des preußischen allgemeinen Landrechtes verfaßten Entwurf Martini's (1794)[1]) und durch den Vorläufer unseres allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches, das Gesetzbuch für Westgalizien, Patent vom 13. Februar 1797, J. G. S. Nr. 337[2]), wo das Wort richtig schlankweg als Uebersetzung von liquid hingestellt wird.

Wir können mithin an die Stelle der oben aufgeworfenen Frage nach der Bedeutung der Richtigkeit einer Forderung im Sinne der §§ 1438 und 1439 a. b. G. B. die der Wissenschaft im allgemeinen geläufigere Frage setzen: Was ist unter Liquidität der Gegenforderung als Voraussetzung für die Geltendmachung der Einwendung der Compensation im österreichischen Rechte zu verstehen[3])?

---

[1]) III, 17, § 5: »Niemand ist verbunden, Schulden abzutragen, die noch nicht richtig (liquid) oder noch nicht fällig sind; darum kann zwischen richtigen und unrichtigen Forderungen keine gegenseitige Aufhebung oder Compensation stattfinden.« v. Harrasowsky, Der Codex Theresianus und seine Umarbeitungen. Bd. V, Wien 1886, S. 228.

[2]) III, 17, § 568: »Niemand ist verbunden, Schulden abzutragen, die noch nicht richtig (liquid) oder noch nicht fällig sind. Zwischen richtigen und unrichtigen Forderungen findet also die Compensation nicht statt.«

[3]) Im Codex Theresianus und im Entwurfe Horten's (v. Harrasowsky, Der Codex Theresianus und seine Umarbeitungen. Wien 1883 ff.)

Der Ausdruck »Einwendung der Compensation« ist mit Vorbedacht gewählt. Man sollte von einer Einrede der Compen-

ist diese Frage noch in terminis legis beantwortet. Der Codex Theresianus, III, 24, 103, verlangt, daß »entweder die selbsteigene Bekanntniß des Gegentheils oder Recht und Urtheil vorhanden oder doch wenigstens binnen der in Unserer Gerichtsordnung hiezu ausgemessenen Zeitfrist der rechtsbeständige Beweis verführt werden möge«. Aehnlich setzt der Entwurf Horten's III, 25, 101, voraus, daß die Richtigkeit »entweder durch eigene Bekenntniß des Gegentheiles eingestanden, oder durch ergangenen richterlichen Spruch entschieden werden, oder binnen der in Unserer Gerichtsordnung ausgemessenen Frist rechtsbeständig erwiesen werden mag«. Erst der Entwurf Martini's (III, 17, 4) sieht von der gesetzlichen Bestimmung dieses Begriffes ab.

Unklar ist, was unter der »in Unserer Gerichtsordnung ausgemessenen Frist« verstanden worden ist.

War eine speciell zur Liquidirung der compensando eingewendeten Gegenforderung zu statuirende Frist in Aussicht genommen? Von einer solchen findet sich in der 1781 zu Stande gekommenen Gerichtsordnung keine Spur.

Nach gemeinem deutschen Processe, der sonst dem älteren österreichischen zum Muster diente, waren die Parteien nicht genöthigt, ihre Beweismittel anzubieten, bevor auf Beweis erkannt war. Das galt natürlich auch für den Beklagten, der sich auf eine compensable Gegenforderung berief. Ist also vielleicht an die Frist zu denken, innerhalb welcher die Beweise überhaupt angeboten werden mußten? Auch das ist nicht möglich, da sowohl nach dem Codex Theresianus (III, 24, 111) als auch nach dem Entwurf Horten's (III, 25, 108) die Compensation in jedem Stadium des Processes, selbst in der Execution, eingewendet werden konnte. Vgl. auch Erklärung der Römischen Institutionen nach dem Leitfaden des Heineccius und dem Geiste der öffentlichen Vorlesungen an der Wiener hohen Schule, Wien 1796, S. 726.

So bleibt nichts anderes übrig, als anzunehmen, der Richter habe die Weisung erhalten, zur Beweisführung eine Frist zu bestimmen, die so lang war, wie sonst die Beweisantretungsfrist. Ist diese Vermuthung richtig, dann stehen der Codex Theresianus und der Entwurf Horten's auf dem Standpunkte der sächsischen Juristen.

Die verschiedenen Ansichten, welche über die Frage: »Intra quantum tempus debeat fieri liquidatio?« in der älteren gemeinrechtlichen Doctrin aufgestellt worden sind, finden sich am übersichtlichsten zusammengestellt bei Matthias Berlich, Conclusion. practicabil. secundum ordinem constitutionum divi Augusti, Electoris Saxonici, Lips. 1644, I, concl. XXIII. Die schließlich herrschende Meinung war, daß der Richter diese Frist nach freiem Ermessen zu bestimmen habe; nur in Sachsen wurde eine sogenannte sächsische Frist (6 Wochen und 3 Tage) gegeben.

J. Brunnemann, Comm. in . . Pand. Francof, 1670, ed. Stryk, h. t. ad l. Etiam quod natura. Nr. 6, 7, 8; S. Stryk, Usus mod. Pandect., Wittenb. 1735, h. t. 58, IV; G. A. Struve, Syntagma jurisprudentiae, Francof. Lips. 1738, Pars I, exerc. XXI, h. t. § XX; v. Kreittmayr, Anmerkungen über den Codicem Maximilianeum Bavaricum civilem. Theil 4, Cap. 15, Nr. 6; J. Voet, Comm. ad Pand., Colon. Allobrog. 1769, h. t. Nr. 17; W. A. Lauterbach, Colleg. Pand. theoretico-practicum, ed. novissima, Tübingae 1784, h. t.; Erklärung der Römischen Institutionen nach dem Leitfaden des Heineccius und dem Geiste der öffentlichen Vorlesungen an der Wiener hohen Schule, Wien 1796, S. 722; Höpfner, Theoret.-prakt. Commentar über die Heinecci'schen Institutionen. 8. Aufl. von A. D. Weber, Frankfurt a. M. 1818, S. 726, 727.

sation ebensowenig sprechen, als von einer Einrede der Zahlung. Denn der Beklagte, der von unserer Einwendung Gebrauch macht, beruft sich in allen Fällen auf einen Thatbestand, durch den die Klageforderung getilgt erscheint (§ 1438 a. b. G. B.). Doch erschöpft sich derselbe nicht darin, daß die beiden Forderungen einander als compensable gegenüberstanden, vielmehr ist er erst dann vollständig, wenn entweder der Abschluß eines Compensationsvertrages oder eine einseitige Erklärung eines der beiden Gläubigerschuldner hinzukommt, daß Compensation eintreten soll. Diese Erklärung kann nun vom Beklagten schon außergerichtlich abgegeben worden sein; sie kann aber auch erst im Processe abgegeben werden. Letzteres geschieht stillschweigend durch die Erhebung der Compensationseinwendung. Dann liegt eine eigenthümliche Combination einer rechtsgeschäftlichen Erklärung mit der sich auf sie stützenden Proceßhandlung vor [1]).

---

[1]) Diese einseitige gerichtliche oder außergerichtliche Erklärung des Compensanten ist es, welche nach österreichischem Rechte die Compensation vollzieht. Unger, Fragmente aus einem System des österr. Obligationsrechtes. Grünhut's Zeitschr. Bd. 15, S. 545 (S. 19 des S. A.) (1888); Exner, Das österreichische Hypothekenrecht, Leipzig 1876, S. 609 f.; Hasenöhrl, Das österreichische Obligationenrecht, 2. Aufl. Bd. 2, Wien 1899, S. 567—571; M. Schuster v. Bonnott, Grundriß des Obligationenrechts, Leipzig 1899. S. 41. Unrichtig v. Schrutka, Compensation im Concurse, Berlin 1881, S. 29, 30.

Allerdings wurde in der gemeinrechtlichen Doctrin die Meinung vertreten, die Compensation vollziehe sich mangels Einwilligung des Gläubigers erst durch das die Forderung auf Grund der Compensationseinwendung abweisende oder im Falle des Klagens mit Compensation diese Abrechnung aussprechende Urtheil. Vgl. Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts. 6. Aufl., Frankfurt a. M. 1887, Bd. 2, S. 346, Anm. 15; Dernburg, Compensation. 2. Aufl., Heidelberg 1868. S. 580; Eisele, Die Compensation nach römischem und gemeinem Recht. Berlin 1876, S. 380 f. Allein diese Ansicht hat weder in der gemeinrechtlichen Praxis noch in den neueren Gesetzbüchern und Gesetzentwürfen einen nennenswerthen Raum gewonnen. Weit überwiegend wird der bloßen Erklärung des Compensationswillens die Wirkung des Erlöschens der Forderung zugeschrieben. Der Richter vollzieht nicht die Compensation, sondern er stellt die eingetretene und zu Unrecht geleugnete fest. Entscheidungen des Reichsgerichtes in Civilsachen, Bd. 11, S. 119, 120; Ohnsorge, Jahrbücher für die Dogmatik, Bd. 20, S. 285; Kohler, Zeitschr. f. deutschen Civilproceß, Bd. 20, S. 6 f.; Franz Leonhard, Die Aufrechnung, Göttingen 1897.

Das neue bürgerliche Gesetzbuch für das deutsche Reich folgt der neueren Richtung grundsätzlich (§ 388). Vgl. Entw. I, § 282; Motive zu dem Entwurfe eines bürgerl. Gesetzbuches für das deutsche Reich, Bd. II, 1886. S. 106 f.; Com. Prot. S. 732; Dernburg, Das bürgerl. Recht des deutschen Reiches und Preußens, Bd. 2, Abth. 1, Halle a. S. 1899, S. 283 f.; Siber, Compensation und Aufrechnung. Leipzig 1899, S. 80, 81 und 111 f. Eigenthümlich ist die Construction von O. Geib in seiner Theorie der gerichtlichen Compensation, Tübingen 1897. Nach derselben tilgt die einseitige Erklärung ebensowenig definitiv die Forderung als die einseitige Deposition des Geldes, da eine solche Erklärung, wenn sie nicht zu einem Vertrag führt, wieder zurückgenommen werden könne; erst wenn der Schuldner im Proceß aufgerechnet

Um mit der Einwendung der Compensation durchdringen zu können, bedarf es, abgesehen von gewissen materiellen Eigenschaften der einander gegenüberstehenden Forderungen, insbesondere auch der Liquidität ihrer Grundlage, der Gegenforderung.

Es ist nun von größter Bedeutung, den Zeitpunkt zu bestimmen, in dem dieses Erforderniß spätestens vorhanden sein muß.

Die Antwort auf diese Frage liegt nahe: In dem Augenblicke, in welchem der Compensant die Erklärung abgibt, daß Compensation eintreten soll. In diesem Zeitpunkte müssen ja überhaupt die Voraussetzungen der Compensation zusammentreffen.

Für die außergerichtliche Compensation kann man sich in der That bei dieser Antwort beruhigen. Hat der Compensant die Erklärung verfrüht abgegeben, d. h. noch bevor seine Gegenforderung liquid geworden ist, so kann er sie in einem späteren Zeitpunkte, wenn die Liquidität hergestellt ist, erneuern.

Gilt dasselbe auch für die gerichtliche Compensation?

Im Allgemeinen wird es auch hier auf den Zeitpunkt ankommen, in welchem die in der Compensationseinwendung enthaltene Compensationserklärung abgegeben wird. Das ist sicher der Fall, wenn sie einer schon liquiden Klageforderung entgegengesetzt wird. Wenn aber die Klageforderung selbst noch nicht liquid ist, dann hat die Compensationseinwendung und mit ihr die in derselben enthaltene Compensationserklärung nur eventuellen Charakter[1]): sie soll nur für die Eventualität, daß es gelingt, die Klageforderung liquid zu machen, erhoben, beziehungsweise abgegeben sein. Hier ist wohl nicht der Zeitpunkt entscheidend, in welchem die Compensationseinwendung erhoben, beziehungsweise die Compensationserklärung abgegeben worden ist, sondern der spätere, in dem die bezeichnete Eventualität eintritt. Es ist selbstverständlich und brauchte darum nicht hervorgehoben zu werden, daß von da an das Verfahren zu dem Zwecke, um auch Liquidität der Gegenforderung zu erbringen, nicht mehr fortgesetzt werden darf. Denn dadurch würde das Erforderniß der Liquidität illusorisch gemacht werden.

---

oder sich auf die Aufrechnung berufen habe und daraufhin die Abweisung des Klägers erfolgt sei, sei die Aufrechnung definitiv, weil jetzt durch das Urtheil ein unverrückbarer Rechtszustand gegeben sei. Begründete Bedenken gegen diese Auffassung bei Kohler, Zeitschrift für deutschen Civilproceß, Bd. 23, S. 488 f.

[1]) Dernburg, Das bürgerliche Recht des deutschen Reiches und Preußens, Bd. 2, Abth. I, Halle a. S. 1899, S. 284. Hier wird mit Recht die Meinung Kohler's, a. a. O. S. 15, bekämpft, daß die in der Compensationseinwendung enthaltene Compensationserklärung ganz das Schicksal jener Proceßhandlung theile, also z. B. wirkungslos werde, wenn diese zurückgezogen wird. Das ist ebenso unrichtig, wie, daß die Zahlung wirkungslos wird, wenn der Beklagte die Zahlungseinwendung zurücknimmt.

Mit dem hier gefundenen Ergebniß steht auch nicht im Widerspruch, was die ratio legis fordert. Worin besteht dieselbe, warum läßt unser Gesetzbuch die Compensation liquider und illiquider Forderungen nicht zu? Doch wohl darum, damit der Beklagte gehindert sei, durch Vorschützung einer illiquiden Gegenforderung die Verwirklichung der schon liquiden Klageforderung aufzuhalten[1]). Aber dieses Ziel wird noch immer erreicht, auch wenn man sich damit begnügt, Liquidität der Gegenforderung erst in dem Zeitpunkte zu verlangen, in dem die Klageforderung liquid geworden ist; die ganze Zeit vorher kann, diesem Zwecke unbeschadet, dem Beklagten dazu vergönnt werden, die Liquidirung zu beschaffen.

Dem Gesagten zufolge ist die processuale Situation nachstehende. Die beiden Streittheile liquidiren in dem auf der Verhandlungsmaxime beruhenden Processe gleichsam um die Wette, der Kläger die Klageforderung und der Beklagte seine Gegenforderung. Gelingt es dem Kläger, einen Vorsprung zu gewinnen, so ist das Requisit der Liquidität der Gegenforderung unerfüllt, und der Richter muß die Einwendung der Compensation genau so zurückweisen, wie wenn z. B. die Gegenforderung noch suspensiv bedingt wäre (§ 1438 a. b. G. B.). Gelingt es dagegen dem Beklagten, während derselben Zeit, die der Kläger braucht, oder noch früher, sein Ziel zu erreichen, dann wird der Einwendung stattgegeben.

Ziehen wir die Summe aus dem Gesagten: Dem Erforderniß der Richtigkeit (Liquidität) des § 1439 a. b. G. B. wird genügt, wenn die Gegenforderung spätestens in dem Zeitpunkt liquid ist, in welchem die Klageforderung spruchreif wird.

Durch diese, im allgemeinen Landrecht für die preußischen Staaten[2]) codificirte Formel hätten sich auch bei uns alle Schwierigkeiten lösen lassen, die bezüglich der in Rede stehenden Compensationsvoraussetzung in der bisherigen Praxis aufgetaucht sind, z. B. ob der Beklagte einen Zeugen oder Sachverständigenbeweis führen darf, um die Gegenforderung außer Zweifel zu stellen[3]).

Ein Bedenken freilich steht ihr im Wege, über das man sich nicht so leicht hinwegsetzen kann. Der rücksichtslose Beklagte kann dadurch Zeit gewinnen, daß er andere Einwendungen oder Einreden vorschützt, deren Ungrund erst durch eine umständliche Beweisführung an den Tag kommt, und den Aufschub dazu benützen, um seine Gegenforderung bequem zu liquidiren. Unsere Theorie führt hier zu dem Ergebniß, daß der Einwendung der Compensation stattgegeben

---

[1]) Hasenöhrl, a. a. O. S. 560.

[2]) I, 16, § 359: »Liquid ist eine Gegenforderung, wenn über sie gleichzeitig mit der Hauptforderung erkannt werden kann.«

[3]) Sammlung von civilrechtlichen Entscheidungen des k. k. Obersten Gerichtshofes Nr. 1525, 9709, 13002, dagegen Nr. 2264.

werden muß, ein Ergebniß, das darum wenig befriedigend ist, weil es zeigt, daß einem Rechtssatze, der die Chicane des Beklagten in der einen Richtung zurückdrängen soll, eine Auslegung gegeben wird, die zur Chicane in der anderen Richtung verleitet. Allein wäre es nicht eine Subtilität, dem Richter zuzumuthen, die Gegenforderung, obgleich sie zur Zeit des Erkenntnisses liquid ist, darum für illiquid zu erklären, weil sie es in einem früheren Zeitpunkte noch war? Deshalb möchte ich, trotz des erörterten Bedenkens, die hier aufgestellte Theorie, die nicht alles in das Ermessen des Richters stellt und sich durch Praktikabilität auszeichnet, aufrecht halten.

Welche Wirkung trat nun unter der Herrschaft der alten Gerichtsordnung ein, wenn der Richter in dem Urtheile über die Klageforderung aussprach, daß die Einwendung der Compensation wegen Illiquidität der Gegenforderung zurückgewiesen werde? Daß der Beklagte seine Gegenforderung nicht verlor, wenn anders sie ihm wirklich zustand, ist selbstverständlich. Er konnte sie mit separater Klage geltend machen und in dem neuen Verfahren liquidiren. Aber, ob er sein Compensationsrecht einbüßte, war streitig. Nehmen wir z. B. an, er habe die Gegenforderung ersiegt; konnte er sie in dem wegen der Klageforderung wider ihn eingeleiteten Zwangsvollstreckungsverfahren mittelst der Oppositionsklage oder sonst zum Zwecke der Compensation benützen? Oder war er darauf beschränkt, einerseits Zahlung leisten zu müssen und andererseits Zahlung beanspruchen zu dürfen? Man kann diese wichtige Frage auch dahin formuliren, ob die Liquidität der Gegenforderung im Sinne des österreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches ein materielles oder nur ein processuales Requisit ist. Es besteht über dieselbe keine Einmüthigkeit; ich möchte mich aber jetzt für den materiellen Charakter entscheiden[1]). Nach dem

[1]) Unger, Fragmente, Grünhut's Zeitschrift. Bd. 15, S. 545, 551 Anm. 31 (S. 19, 25 Anm. 31 des S. A.). Ich kann es mir nicht versagen, den bezüglichen Passus hieher zu setzen; denn nirgends ist die Frage in ihrer ganzen Bedeutung mit gleicher Meisterschaft erfaßt und aufgezeigt. Er lautet: »Der mit seiner Gegenforderung ad separatum verwiesene Schuldner hat dieselbe mit einer eigenen Klage geltend zu machen: wird dieselbe begründet befunden, so ergeht ein Urtheil auf Zahlung, nicht ein nachträglicher Ausspruch über Compensation, wodurch der erste Kläger genöthigt würde, das Empfangene als ungebührlich erhalten wieder zurückzuerstatten. Das processuale Erforderniß der Liquidität der Gegenforderung schlägt somit in eine materielle Voraussetzung der Compensation um: der Schuldner, der mit seiner Gegenforderung wegen Illiquidität derselben ad separatum verwiesen wird, geht hiemit seines Compensationsrechtes und der materiellen Vortheile der Aufrechnung verlustig.« Hasenöhrl, a. a. O. S. 564, A. A. Pfaff, Geld als Mittel pfandrechtlicher Sicherstellung, Wien 1868, S. 58, und v. Schrutka, Compensation, S. 47. Zweifelnd Kohler, Zeitschrift für deutschen Civilproceß, Bd. 20, S. 51, Note 78.

Auch nach französischem Rechte ist die Liquidität ein materielles Erforderniß für die ipso jure eintretende Compensation. Code civile Art. 1290,

allgemeinen Landrecht für die preußischen Staaten gilt freilich das Gegentheil [1]). Allein wir wissen aus den Berathungsprotokollen unseres Gesetzbuches, daß der Antrag v. Zeiller's, einen ähnlichen Zusatz in das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch aufzunehmen, nicht die Majorität erhielt [2]).

Nur in einem einzigen Falle blieb dem Beklagten das Compensationsrecht erhalten. Das war der des § 16 der kais. Verordnung vom 16. November 1858, R. G. Bl. Nr. 213. Da derselbe nicht ohne Interesse ist, so sei es gestattet, auf ihn näher einzugehen [2]).

Der § 15 lit. a der citirten kais. Verordnung scheint ganz zu vergessen, daß schon die §§ 1438 und 1439 a. b. G. B. die Liquidität der Gegenforderung als ein ganz allgemeines Erforderniß der

---

1291. Vgl. Entscheidungen des Reichsgerichtes in Civilsachen, Bd. 12, Nr. 23; Bd. 16, Nr. 93.

Im gemeinen Recht (l. 14 § 1 C. de comp. 4, 31) war die Frage streitig. Siehe die folgende Note.

[1]) I, 16, § 361: »Wird aber die bestrittene Gegenforderung in der Folge liquid gemacht, so findet dennoch wegen des Zeitpunktes, wo die Compensation erfolgt und also die Forderung der Anderen erloschen ist, die Vorschrift des § 301 Anwendung.« Dazu Förster-Eccius, Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preußischen Privatrechtes, 5. Aufl., Berlin 1887, Bd. 1, S. 600, Anm. 60; Entsch. des kgl. Obertribunals, Bd. 46, S. 114; Bd. 65, S. 286; Entscheidungen des Reichsgerichtes in Civilsachen, Bd. 12, Nr. 68; Bd. 15, Nr. 99.

Der gleiche Standpunkt wird im gemeinen Rechte vertreten von Pufendorf, Observationes juris universi, Darmstadt 1786, I, obs. 178; A. D. Weber, Beiträge zu der Lehre von gerichtlichen Klagen und Einreden, 3. Aufl., Schwerin und Wismar 1803, Stück 1, S. 69 ff.; Derselbe, Systematische Entwicklung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit und deren gerichtlicher Wirkung, 3. Aufl., Wismar und Schwerin 1800, § 97, S. 427; Höpfner, Theoret.-prakt. Commentar über die Heinecci'schen Institutionen, 8. Aufl. von A. D. Weber, Frankfurt a. M. 1818, S. 728, Anm. 2; Tellkampf, Archiv f. civil. Praxis, Bd. 23 (1840) S. 340, 341; Dernburg, Geschichte und Theorie der Compensation nach römischem und neuerem Rechte, 2. Aufl., Heidelberg 1868, S. 568; Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechtes, 6. Aufl., Bd. 2, S. 352 u. a. Vgl. auch Entscheidung des Reichsgerichtes in Civilsachen, Bd. 15, Nr. 99.

[2]) In der Sitzung vom 25. August 1806 äußerte er den Wunsch, weil die nur scheinbaren Einwendungen wider eine Gegenforderung den Gläubiger nicht um den ihm im § 567 zugesicherten Vortheil bringen können, folgenden Zusatz zu machen:

»Wird aber die streitige Gegenforderung in der Folge bewiesen, so ist dennoch die Forderung des anderen Theiles von dem Zeitpunkte an, da die Gegenforderung fällig war, für aufgehoben zu achten.«

Aber die übrigen Stimmen erklärten diesen Beisatz für überflüssig, weil der darin aufgenommene Fall der zeitweisen Beurtheilung und Erkenntniß des Richters (?) überlassen sein müsse. Nur v. Lyro stimmte mit dem Referenten überein. Ofner, Der Urentwurf und die Berathungsprotokolle des österreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches, Bd. 2, Wien 1889, S. 245.

[3]) Vgl. auch Leyser, Medit. ad Pand. Lips., 1743, Sp. CCXX; Strieth orst, Archiv für Rechtsfälle, Bd. 45, S. 13 ff.

Compensation aufstellen, und im Uebrigen einer Theorie zu huldigen, die den bekannten Unterschied von langsamem und schnellem Beweis heranzieht. Sie erklärt die Gegenforderung, welche nur durch Zeugen oder Sachverständige bewiesen werden kann, für illiquid, während ihr Gegenforderungen, die mittelst Urkunden oder Eid außer Zweifel gestellt werden können, noch als liquid gelten. So kommt es, daß der citirte Paragraph einfach sagt:

»Wird die Aufhebung eines Bestandvertrages wegen Unterlassung der rechtzeitigen Entrichtung des Bestandzinses verlangt (§ 1118 a. b. G. B.), so findet die Einwendung der Compensation nur insoferne statt, als es zur Darthuung der eingewendeten Gegenforderung nicht erst der Ausführung eines Beweises durch Zeugen oder Sachverständige bedarf.«

Wichtiger als die angeführte Bestimmung ist die des § 16 der citirten kais. Verodnung. Während sonst, wie wir oben gesehen haben, angenommen wird, daß dem Beklagten, auf dessen Gegenforderung wegen Illiquidität keine Rücksicht genommen wird, die Compensationsbefugniß der Klageforderung gegenüber abgesprochen ist, wurde sie ihm in unserem Falle erhalten. Der § 16 lautet nämlich: »Einwendungen oder Beweismittel, welche in einer Verhandlung in Folge der Bestimmungen des § 15 lit. a und b nicht ausgeführt werden konnten, können von demjenigen, welchem sie sonst entgehen würden, mittelst abgesonderten summarischen Verfahrens angebracht und ausgeführt werden.« Es blieb also dem Beklagten im Falle des § 15 lit. a leg. cit. nicht blos vorbehalten, seine Gegenforderung separat einzuklagen, sondern auch seine unausgeführt gebliebene Compensationseinwendung im Separatum geltend zu machen und dadurch eine materielle Abänderung des auf Aufhebung des Bestandvertrages erkennenden Urtheils herbeizuführen. Damit ist zugleich der Beweis erbracht, daß schon dem älteren österreichischen Recht das Vorbehaltsurtheil, wenigstens der Sache nach, bekannt war.

Die oben citirten Bestimmungen der kais. Verordnung vom 16. November 1858 sind, nebenbei bemerkt, in die neue C. P. O. nicht übergegangen. Daraus folgt, daß heutzutage die die Klage auf Aufhebung eines Bestandvertrages abwehrende Einwendung der Compensation besonderen Vorschriften nicht mehr unterstehet.

Das Ergebniß unserer bisherigen Untersuchungen läßt sich zusammenfassen, wie folgt. Wenn man von dem in der kais. Verordnung vom 16. November 1858 enthaltenen Ausnahmsfall absieht, so hatte das in den §§ 1438 und 1439 a. b. G. B. aufgestellte Erforderniß der Richtigkeit (Liquidität) der Gegenforderung bis zur Einführung der neuen Civilproceßordnung folgende Bedeutung: Ueber die Klageforderung mußte ohne Berücksichtigung der Compensationseinwendung entschieden werden, wenn die Klageforderung spruchreif

war, bevor die Gegenforderung liquid gestellt wurde. Hiedurch ging dem Beklagten das Compensationsrecht verloren. Ein Vorbehalt desselben fand nicht statt. Der Standpunkt des bisherigen Rechtes war also ein einseitiger. Nur der Kläger wurde geschützt gegen einen Beklagten, der sich auf eine unbegründete Compensationseinwendung berief. Dagegen war der Beklagte, dem thatsächlich eine, wenn auch noch nicht liquide Gegenforderung zu Gebote stand, dem chikanösen Widerspruch des Klägers preisgegeben; sein Compensationsrecht ging unter.

Hervorzuheben ist nur noch, daß das a. b. G. B. keinen Unterschied macht, ob die Klageforderung und Gegenforderung aus demselben Rechtsverhältniß herrühren oder nicht. Da aber dieser Unterschied in anderen Rechtssystemen[1]) von Bedeutung ist, so muß doch auch für das österreichische Recht die Frage aufgeworfen werden, ob an dem Erforderniß der Liquidität auch dann festzuhalten ist, wenn die beiden Forderungen zueinander im Verhältniß rechtlicher Connexität stehen?

Zur Illustration dieser Frage möge folgendes, dem praktischen Leben entnommenes Beispiel[2]) dienen.

Der Verpächter klagt auf Zahlung des rückständigen Pachtzinses und der beklagte Pächter tritt der Klage mit der Behauptung entgegen, daß ihm der Verpächter in den letzten Jahren einen Theil der Nutzungen entzogen (§ 1098 a. b. G. B.) und dadurch einen dem Betrage des rückständigen Pachtzinses mindestens gleichkommenden Schaden zugefügt habe. Hat hier der Richter bei Liquidität der Klageforderung und Illiquidität der Gegenforderung letztere aus dem Processe hinauszuweisen oder das Verfahren so lange fortzusetzen, bis auch über die Gegenforderung erkannt werden kann? Ich entscheide mich unbedenklich für das letztere; denn eine Verpflichtung des Bestandnehmers zur Zahlung des Bestandzinses kann nur ausgesprochen werden, wenn auch der Bestandgeber seiner Vertragspflicht

---

[1]) Im gemeinen Rechte sehen bei connexen Forderungen, trotz der allgemein lautenden I, 14 § 1 C. de compens. (4, 31), von der Liquidität, ab Haase, Archiv f. civil. Praxis, Bd. 7, S. 203; Bethmann-Hollweg, Rhein. Museum für Jurisprudenz, Bd. I, S. 263; und die Praxis: Seuffert's, Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte Deutschlands, Bd. 5, Nr. 123, Bd. 9, Nr. 279; Bd. 14, Nr. 132; Bd. 17, Nr. 134; Bd. 23, Nr. 223; Bd. 28, Nr. 223; Bd. 27, Nr. 117.

Dagegen Tellkampf, Archiv f. civil. Praxis, Bd. 23, S. 327—329; Dernburg, Compensation, 2. Aufl., S. 565, und Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechtes, 6. Aufl., Bd. 2, S. 353.

Die preußische Praxis folgt der gemeinrechtlichen Praxis: Entscheidungen des königl. Obertribunals, Bd. 46, S. 115; Striethorst, Archiv für Rechtsfälle, Bd. 45, S. 13, 304.

[2]) Vgl. Striethorst, Archiv für Rechtsfälle, Bd. 45, S. 18, und die in der nächsten Note angeführte Entscheidung des Obersten Gerichtshofes.

nachkommt (§§ 1092, 1094, 1062 a. b. G. B.)[1]). Sein Fordern verstößt gegen die Absicht des Vertrages[2]). Der durch die exceptio non adimpleti contractus zum Ausdrucke gebrachte Zusammenhang zwischen Anspruch und Gegenanspruch ist von der Art, daß der Anspruch insolange nicht als liquid angesehen werden kann, bis auch der Gegenspruch liquid gemacht ist. Die Voraussetzung, daß der Anspruch des Klägers liquid, der Gegenanspruch des Beklagten illiquid sei, trifft hier nicht zu: vielmehr sind beide Ansprüche illiquid und erfordert die Liquidstellung des Klageanspruches die vorgängige Liquidstellung des Gegenanspruches.

Das Gesagte läßt sich in folgende Regel bringen: Wenn die Compensationseinwendung der Niederschlag einer exceptio non adimpleti contractus ist, so kann, daß und was Kläger zu fordern hat, nicht früher ausgesprochen werden, als bis auch Bestand und Umfang der Gegenforderung ermittelt ist. Eine Hinausweisung der Gegenforderung aus dem Processe würde die Entscheidung über die Klage unmöglich machen.

Diese Erwägung trifft selbstverständlich nur zu, wenn ein gegenseitiger Vertrag die Grundlage der beiden Ansprüche bildet. Aus dem contractus bilateralis inaequalis entspringt nach österreichischem Recht die exceptio non adimpleti contractus nicht[2]).

II.

Nachdem wir den Inhalt der hier interessirenden Bestimmungen des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches klargelegt haben, können wir an die Beantwortung der den Gegenstand dieser Abhandlung bildenden Frage herantreten, ob durch die neue Civilproceßordnung die Vorschrift des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches, daß die gerichtliche Compensation mit einer nicht liquiden Gegenforderung nicht stattfinde, aufgehoben worden sei. Sie läßt sich etwas plastischer dahin formuliren, ob auch unter der Herrschaft der neuen Civilproceßordnung der Richter genöthigt ist, bei Liquidität der Klageforderung und Illiquidität der zur Compensation eingewendeten Gegenforderung den Beklagten zur Zahlung an den Kläger zu verurtheilen und zu-

[1]) Krainz, System des allg. österr. Privatrechts, 3. Aufl., besorgt von Ehrenzweig, Bd. 2, S. 241, 242. Diesen Gesichtspunkt übersieht die Entscheidung des Obersten Gerichtshofes vom 3. Jänner 1873, Z. 13057 ex 1872, Allg. österr. Gerichts-Zeitung. 1873, Nr. 49, S. 194, 195. (Einwendung der Compensation gegen eine Miethzinsforderung auf Grund der behaupteten Nichtverwendbarkeit eines Theiles des Miethobjectes.)

[2]) Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, 6. Aufl., Bd. 2, S. 239.

[3]) Hasenöhrl, a. a. O. S. 411; v. Schey, Die Obligationsverhältnisse des österr. allg. Privatrechts, Bd. 1, Heft 2, Wien 1895, S. 329 ff.

gleich auszusprechen, daß die Einwendung der Compensation mangels Liquidität der Gegenforderung ein für alle Mal zurückgewiesen werde.

Wo in der neuen Civilproceßordnung die Antwort zu suchen ist, darüber besteht kein Zweifel. Sie kann nur dem § 391 Abs. 3 C. P. O. entnommen werden. Leider bietet diese Gesetzesstelle der Auslegung die größten Schwierigkeiten dar. Sie lautet:

»Hat der Beklagte mittelst Einrede eine Gegenforderung geltend gemacht, welche mit der in der Klage geltend gemachten Forderung nicht im rechtlichen Zusammenhange steht, so kann, wenn nur die Verhandlung über den Klagsanspruch zur Entscheidung reif ist, über denselben durch Theilurtheil erkannt werden. Die Verhandlung über die Gegenforderung ist ohne Unterbrechung fortzusetzen.«

Was ist Inhalt dieser Gesetzesstelle? Enthält sie die Vorschrift, daß trotz der Liquidität der Klageforderung bei Illiquidität der Gegenforderung die Verhandlung über die Einwendung der Compensation fortzusetzen ist, bis der Bestand oder Nichtbestand der Gegenforderung apparirt, dann ist die oben angeführte Vorschrift des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches als aufgehoben zu betrachen.

Bei der Auslegung unserer Norm kommt uns die Mühe wenig zu Statten, welche die Wissenschaft des deutschen Rechtes auf die Auslegung der analogen Bestimmung in der Civilproceßordnung für das Deutsche Reich, § 279 alter Zählung, aufgewendet hat[2]). Denn der § 391 Abs. 3 unseres Gesetzes enthält einen Zusatz, der im deutschen Gesetze fehlt, d. i. der Schlußsatz: »Die Verhandlung über die Gegenforderung ist ohne Unterbrechung fortzusetzen«, und gerade er ist der Schlüssel für das Verständniß der ganzen Gesetzesstelle. So ist die Wissenschaft des österreichischen Rechtes bei der Lösung dieser ebenso schwierigen als praktisch bedeutsamen Aufgabe fast ganz auf sich selbst angewiesen.

Jede Auslegung hat vom Buchstaben des Gesetzestextes auszugehen. Da ist vor allem zu beachten, daß sich unser Gesetz mit dem Falle, daß Klageforderung und Gegenforderung miteinander in rechtlichem Zusammenhange stehen, gar nicht beschäftigt; nur der Fall, daß rechtliche Connexität fehlt, ist geregelt. Es wird sich aber empfehlen, vorläufig über diese Beschränkung hinwegzusehen und erst am Schlusse der ganzen Abhandlung auf sie zurückzukommen und Folgerungen aus ihr zu ziehen.

Im Uebrigen hat es nach dem bloßen Buchstaben des Gesetzes den Anschein, als ob es sich nicht auf den Thatbestand beschränken wollte, an den unsere eingangs aufgeworfene Frage anknüpft, den Thatbestand, daß die Klageforderung liquid, die Gegenforderung

[1]) Vgl. z. B. Gaupp, Die Civilproceßordnung für das Deutsche Reich, unter Mitwirkung von Stein bearbeitet. 3. Aufl., Bd. 1, Freiburg i. B. 1897, S. 328—333, 608, 609.

illiquid ist. Das Gesetz spricht vielmehr allgemein davon, daß (nur) die »Verhandlung über den Klageanspruch zur Entscheidung reif ist«. Das kann an sich zweierlei bedeuten. Entweder, daß die Verhandlung über die Klageforderung reif ist, um sie zu verneinen, oder daß sie reif ist, um sie zu bejahen. Was bestimmt das Gesetz für den ersten, und was für den zweiten Fall?

Wir wollen auf diese beiden Fragen zunächst mit den Worten des Gesetzes selbst Antwort geben und uns erst später mit der ungleich schwierigeren Aufgabe befassen, was für gesetzliche Dispositionen in diese Worte gekleidet sind.

I. Der erste Fall ist also der, daß »nur die Verhandlung über den Klageanspruch zur Entscheidung reif ist« und die Ergebnisse der Verhandlung zur Verneinung desselben führen. Nach dem Buchstaben des Gesetzes »kann« da über den Klageanspruch durch (verneinendes) Theilurtheil erkannt werden. »Kann« scheint in der ganzen Gesetzesstelle so viel zu heißen als: Es kann ein Theilurtheil, es kann aber auch ein Endurtheil erfließen. Nur, wenn ein Theilurtheil ergeht, kommt nach dem Buchstaben des Gesetzes auch der Schlußsatz: »die Verhandlung über die Gegenforderung ist ohne Unterbrechung fortzusetzen« in Betracht. Nicht auch, wenn ein Endurtheil ergeht.

II. Der zweite Fall ist der, daß »nur die Verhandlung über den Klageanspruch zur Entscheidung reif ist« und die Ergebnisse der bisherigen Verhandlung zur Bejahung der Klageforderung führen. Auch hier hat nach dem Buchstaben des Gesetzes (»kann«) der Richter die Wahl, ein Theilurtheil oder ein Endurtheil zu fällen. Und wiederum ist nur bei Fällung eines Theilurtheils die Verhandlung über die Gegenforderung fortzusetzen.

Hier interessirt unmittelbar nur der sich mit der eingangs gestellten Frage deckende Fall II. Doch wird später auch auf den Fall I eingegangen werden.

Schon, daß das Gesetz sagen soll: Im Falle der Liquidität der Klage- und Illiquidität der Gegenforderung kann ein Theilurtheil, kann aber auch ein Endurtheil gefällt werden, gibt zu denken.

Nach älterem Rechte hieß es in diesem Falle: Es muß ein Endurtheil geschöpft und in demselben die Einwendung der Compensation wegen Illiquidität der Gegenforderung ein- für allemal zurückgewiesen werden.

Uebereinstimmung zwischen altem und neuem Rechte bestünde allerdings dann, wenn sich der Richter im neuen Rechte dazu entschließt, sofort ein Endurtheil zu fällen und in demselben die Einwendung der Compensation aus dem oben angegebenen Grunde zurückzuweisen.

Fällt er aber ein Theilurtheil, so wäre diese Uebereinstimmung nur hergestellt, wenn er auch in dem Theilurtheile aussprechen dürfte,

daß die Einwendung der Compensation wegen Illiquidität der den Gegenstand der fortgesetzten Verhandlung bildenden Gegenforderung zurückgewiesen werde.

Allein das ist eine rechtliche Unmöglichkeit. Es ist dem Richter nicht gestattet, in dem Theilurtheile über die Compensation abzusprechen; das kann er nur im Endurtheile thun. Der Beweis für diese grundlegende Behauptung läßt sich leicht führen.

Aus dem Wortlaute unserer Gesetzesstelle folgt, daß das ganze Verfahren durch das Theilurtheil, wie durch eine Caesur, in zwei Theile zerlegt wird, das Verfahren vor dem Theilurtheile und die Fortsetzung desselben nach dem Theilurtheile.

Auch das wissen wir noch aus den Worten des Gesetzes, daß in dem Verfahren vor dem Theilurtheile über die Klageforderung und in dem später fortgesetzten Verfahren über die Gegenforderung verhandelt wird.

Damit ist aber der gesammte Verhandlungsstoff, wie er im Eingang unserer Gesetzesstelle umschrieben wird, noch nicht erschöpft. Der Beklagte hat ja »mittelst Einrede eine Gegenforderung geltend gemacht«, d. h. doch wohl die Einwendung der Compensation erhoben (Vgl. Note 1 auf Seite 19). Allerdings ist diese Erhebung, wenn Beklagter die Klageforderung nicht anerkennt, nur eventuell geschehen, d. h. für die Eventualität, daß sich die Klageforderung als bestehend erweist. Aber diese Eventualität ist gegebenermaßen eingetreten. Darum darf der Beklagte verlangen, daß über seinen durch diese Einwendung gestützten Antrag auf Abweisung der Klage verhandelt und erkannt werde (§ 404 C. P. O.). Die ganze Verhandlung hat überhaupt folgende Elemente zu umfassen:

I. Zunächst ist sie darauf zu richten, ob die Klageforderung begründet ist. Ist diese Frage zu bejahen, so erstreckt sie sich

II. auf die Einwendung der Compensation. Da ist

1. nicht nur zu erörtern, ob auch die Gegenforderung begründet ist, sondern auch

2. ob die beiden Forderungen alle Eigenschaften haben, die man kurz als ihre Compensabilität bezeichnet.

Um die Einwendung der Compensation zurückweisen zu können, genügt natürlich, daß entweder die Frage ad 1 (Bestand der Gegenforderung) oder die Frage ad 2 (Compensabilität) verneint wird. Ergibt also die Verhandlung, daß die Compensabilität mangelt, so ist es überflüssig, auch noch auf die Frage nach dem Bestand der Gegenforderung einzugehen, und umgekehrt, steht der Nichtbestand der Gegenforderung fest, so entfällt die Erörterung die Compensabilität.

Die in neuester Zeit lebhaft erörterte Frage nach dem Verhältniß des Verhandlungsstoffes ad II zu dem ad I oder, mit anderen Worten, die Frage, ob bei liquider Gegenforderung und illiquider

Klage Beweis der Klage gar nicht zuzulassen sei, kann hier bei Seite bleiben[1]).

Angesichts der Fassung unserer Gesetzesstelle frage ich: Wo ist der Verhandlungsstoff ad II, 2 (Compensabilität) unterzubringen? Ich gebe zu, daß dieses Material in der großen Regel der Fälle ein einfaches sein wird. Aber unter Umständen können sich doch Complicationen einstellen. Ich brauche nur an die zahlreichen Zweifelsfragen zu erinnern, die sich an das Erforderniß der Gegenseitigkeit der Forderungen (§ 1441 a. b. G. B.) knüpfen[2]), z. B. unter welchen Voraussetzungen sich der Cessus dem Cessionar gegenüber auf eine Forderung berufen darf, die ihm (dem Cessus) nicht gegen den Cessionar, sondern gegen den Cedenten zusteht.[3])

Hält man sich nun an den Buchstaben des Gesetzes, so fällt das ganze die Compensabilität betreffende Material ins Leere. Das kann aber unmöglich die Absicht des Gesetzes sein! Das fragliche Material muß also entweder der Verhandlung vor dem Theilurtheile oder der fortgesetzten Verhandlung zugewiesen werden. Wohin gehört es? in den ersten Abschnitt der Verhandlung oder in die Fortsetzung?

In den ersten Abschnitt gehört es nicht; denn das Gesetz sagt ausdrücklich, daß nur die Verhandlung über die Klageforderung spruchreif zu sein braucht, daß also sehr wohl ein Theilurtheil gefällt werden kann, noch bevor die Frage der Compensabilität in Angriff genommen wurde. Damit ist das Schicksal unseres Materials besiegelt: die

---

[1]) Nach der Praxis des deutschen Reichsgerichtes darf der Richter nicht unentschieden lassen, ob die Klageforderung besteht. Gruchot's Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, Bd. 43, S. 209. Hiegegen aber entschieden A. Stölzel, Schulung für die civil. Praxis, 2. Theil, 2. Aufl., Berlin 1898; Zeitschrift für deutschen Civilproceß, Bd. 24, S. 50; und Rechtslehre und Rechtsprechung. Ein Vortrag, Berlin 1899. Vgl. noch Eccius, Gruchot's Beiträge, Bd. 42, S. 15 und 233; Förtsch, Gruchot's Beiträge, Bd. 42, S. 225; Mansfeld, Deutsche Juristenzeitung, 1898, S. 255; Meyer, Archiv für civil. Praxis, Bd. 85, S. 148; Petersen, Blätter für Rechtsanwendung, Bd. 64, S. 253 ff.; Pfizer, Zeitschrift für deutschen Civilproceß, Bd. 26, S. 43; Kleinfeller, Krit. V. J. Sch., Bd. 42, S. 90 ff.; Liebknecht, Vorbehaltszahlung und Eventualaufrechnung, Berlin 1899; Dernburg, Das bürgerliche Recht, Bd. 2, Abth. 1, Halle a. S. 1899, S. 285, Note 8; Allg. österr. Gerichts-Zeitung, 1898, Nr. 15, 1899, Nr. 25 (S. 197 und Anm. *); Klein, Vorlesungen, Wien 1900, S. 219. Meyer hat seinen Widerspruch gegen die Ansicht Stölzel's der Hauptsache nach zurückgezogen, Blätter für Rechtsanwendung, Bd. 63, S. 270.

[2]) Krainz, System des österr. allg. Privatrechts, 3. Aufl., besorgt von Ehrenzweig, Bd. 2, Wien 1900, S. 174; Habietinek, Ueber das Erforderniß der Gegenseitigkeit der Forderungen im Sinne des § 1438 a. b. G. B., Haimerl's Vierteljahrsschrift, Bd. 2, S. 59—90; Unger, Fragmente, Grünhut's Zeitschrift, Bd. 15, S. 544 (S. A. S. 18); Hasenöhrl, Obligationenrecht, 2. Aufl., Bd. 2, S. 550 ff.

[3]) Hasenöhrl, a. a. O. S. 551, Note 29.

Frage nach der Compensabilität ist erst in der fortgesetzten Verhandlung zu erörtern, soweit natürlich angesichts der Einfachheit derselben eine Erörterung überhaupt nothwendig ist. Dadurch ist zugleich der Umfang des der fortgesetzten Verhandlung vorbehaltenen Proceßstoffes bestimmt: er deckt sich mit dem oben ad II angegebenen, umfaßt also das gesammte zur Begründung der Einwendung der Compensation dienende Material.

Das Ergebniß der vorstehenden Betrachtungen ist demgemäß folgendes. Unser Schlußsatz ist ungenau abgefaßt. Er will nicht besagen, daß die Verhandlung über die Gegenforderung, sondern daß die Verhandlung über die Einwendung der Compensation ohne Unterbrechung fortzusetzen ist. Die Civilproceßordnung für das Deutsche Reich hat sich denn auch in ihrer neuen Fassung (§ 302) eines sorgfältigeren Sprachgebrauches[1]) befleißigt. Sie verordnet ganz deutlich, daß der Rechtsstreit in Betreff der Aufrechnung anhängig bleibt[2]).

Hiemit ist der Beweis für die oben aufgestellte Behauptung erbracht, daß in dem Theilurtheil des § 391 Abs. 3 unserer Civilproceßordnung die Einwendung der Compensation noch nicht zurückgewiesen werden kann.

Auf dieser Grundlage wollen wir weiter bauen. Müßten wir an dem früher Gesagten festhalten, so hätte der Richter die Wahl zwischen dem Endurtheile, in dem zugleich die Einwendung der Compensation wegen Illiquidität der Gegenforderung zurückgewiesen wird, und dem Theilurtheile, in dem über dieselbe nichts gesagt ist, verbunden mit der sich an dasselbe anschließenden Verhandlung über die Compensation.

---

[1]) Kurzweg von Gegenforderung statt von Einwendung der Compensation zu sprechen, ist ein sehr verbreiteter und auch alter Sprachgebrauch. So sagt z. B. schon v. Kreittmayr, Anmerkungen über den Codicem Maximilianeum Bavaricum civilem, Theil 4, Capitel 15, Nr. 12: Wer eine gerichtlich eingeklagte Schuldforderung compensiren will, der muß sich auch gerichtlich darüber erklären, sohin dem Kläger mit der Exceptione compensationis begegnen, weil selbe in mero facto besteht, welches der Richter nicht riechen, noch errathen kann, sofern es in Actis nicht allegirt und angeführt wird. Namentlich mit den Worten: Ich compensire oder setze exceptionem compensationis entgegen, ist dieses aber nicht nothwendig, sondern genug, wenn nur debitum mutuum, und daß man nämlich eine Gegenforderung, auch was für eine zu machen habe, allegirt, weil darin exceptio compensationis saltem tacita schon begriffen ist.

Uebrigens ist auch der Eingang des § 391 Abs. 3 unserer Civilproceßordnung nicht präcise genug, denn man kann auch von einem Beklagten, der sich auf ein Retentionsrecht beruft, sagen, er mache seine Gegenforderung mittelst Einrede geltend. Und doch ist hier nur an die Einwendung der Compensation zu denken. Correct ist die Fassung des § 411 C. P. O., der von »einer vom Beklagten zur Compensation geltend gemachten Gegenforderung« spricht.

[2]) Vgl. Note 1 auf S. 26.

Dieses Resultat ist unannehmbar. Denn da wäre es in die Hand des Richters gegeben, die alte Vorschrift des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches: Illiquidi cum liquido non est compensatio entweder anzuwenden oder auch nicht anzuwenden. Er brauchte nur im ersten Falle ein End- und im zweiten Falle ein Theilurtheil zu fällen. Obige buchstäbliche Auslegung bedarf also einer weiteren Berichtigung. Das Wahlrecht des Richters kann nicht die Bedeutung haben, daß er nach seinem pflichtgemäßen Ermessen in dem wiederholt genannten Zeitpunkte entweder ein Theil- oder ein Endurtheil zu fällen hat. Vielmehr sind die Alternativen, unter denen er wählen darf, die: Entweder sofort ein Theilurtheil und Fortsetzung der Verhandlung, oder keine Caesur, sondern Fortsetzung der Verhandlung und sohin ein Endurtheil. Im ersten Falle wird die Einwendung der Compensation erst nach dem Theilurtheile, im zweiten, bevor überhaupt ein Urtheil geschöpft wird, verhandelt. Aber in beiden Fällen: Fortsetzung der Verhandlung, auch nachdem (nur) die Klageforderung liquid gemacht worden ist! Zu welchem Zwecke? Doch wohl, um auch die Einwendung der Compensation spruchreif zu machen, wofür die Liquidirung der Gegenforderung die wichtigste Voraussetzung ist. Damit erscheint das Erforderniß der Liquidität der Gegenforderung, wie es von unserem allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche statuirt wurde, beseitigt.

Die hier vertretene Ansicht wird auch noch dadurch nicht unerheblich bestärkt, daß die an dem Buchstaben des Gesetzes haftende Anschauung, vermöge welcher nur die Gegenforderung, d. h. Bestand oder Nichtbestand derselben Gegenstand der fortgesetzten Verhandlung ist, sich über den Willen des Beklagten hinwegsetzen und in nicht seltenen Fällen mit den Vorschriften über Streitanhängigkeit, Gerichtsbarkeit, Zuständigkeit und anderen in Collision gerathen müßte.

Das soll im Folgenden dargethan werden.

Welches Ziel verfolgt der Beklagte, der der Klageforderung die Einwendung der Compensation entgegensetzt? Nach meinem Dafürhalten will er nur und kann er nur wollen, daß die Klage abgewiesen werde. Er behauptet den Bestand seiner Gegenforderung blos, um zu zeigen, daß seine bereits der Vergangenheit angehörende Erklärung, mit derselben zu compensiren, nicht etwa eine Erklärung war, mit einem bloßen »Nichts« zu compensiren, sondern in Wahrheit und Wirklichkeit die Wirkung hatte, daß die Klageforderung, unter Aufopferung der Gegenforderung getilgt ist. Größere Bedeutung hat diese »Geltendmachung« der Gegenforderung nicht. Die Situation ist dieselbe, wie wenn der Beklagte vorschützt, daß er Zahlung geleistet, oder daß der Kläger als datio in solutum eine Forderung angenommen habe, die dem Beklagten wider einen Dritten zustand. Die Einwendung der Compensation ist ebenso wie die Einwendung der Zahlung, datio

in solutum u. s. w. nur Defension[1]). Bloß in einem Punkte unterscheidet sich die Einwendung der Compensation von allen anderen: von dem Beklagten, der sie erhebt, wird fingirt, daß er den Zwischenantrag auf Feststellung des Bestandes seiner Gegenforderung nach § 259 Abs. 2 C. P. O. gestellt habe. Allerdings ist diese Fiction im Gesetze nicht mit dürren Worten ausgesprochen. Aber sie folgt aus dem § 411 C. P. O., der da sagt, daß die Entscheidung über den Bestand oder Nichtbestand einer vom Beklagten zur Compensation geltend gemachten Gegenforderung an der Rechtskraft des Urtheils participirt, freilich nur bis zur Höhe des Betrages, mit dem aufgerechnet wird, wenn auch ein Zwischenantrag nicht gestellt wurde. Allein diese Eigenthümlichkeit darf nicht überschätzt werden. Man muß eben beachten, daß ein solcher Feststellungsantrag keineswegs geeignet ist, dem Antragsteller für alle Fälle die Erstreckung der Rechtskraft auf das ihn interessirende präjudicielle Recht oder Rechtsverhältniß zu sichern, sondern einzig und allein für den Fall, daß es in concreto Entscheidungsgrund ist[2]). Will der Beklagte mehr, als durch eine Einwendung zu erreichen ist, wünscht er insbesondere, daß seine Gegenforderung unter allen Umständen rechtskräftig festgestellt, oder will er gar, daß Kläger zur Zahlung verurtheilt werde, dann muß er diesen Willen ausdrücklich erklären, und zwar in der zu diesem Zwecke vorgeschriebenen Form der Widerklage (§ 96 J. N., §§ 228, 411 C. P. O.). Sie ist conditio sine qua non für eine mit der Tendenz unausweichlicher rechtskräftiger Entscheidung durchzuführende Verhandlung. Man kann darum nicht sagen, daß bei Fällung des

---

[1]) Vgl. auch Petersen, Zeitschrift für deutschen Civilproceß, Bd. 1, S. 97, 98; Bd. 4, S. 296, 297; Gruchot's Beiträge, Bd. 30, S. 1 f.; Bd. 31, S. 535 f.; Geib, Archiv f. civil. Praxis, Bd. 85, S. 161 ff., Zeitschrift f. deutschen Civilproceß, Bd. 22, S. 527 ff.; A. Stölzel, Schulung für die civil. Praxis, 2. Aufl., 2. Theil, Berlin 1898, S. 12, 13.

Dagegen erblicken in der Compensationseinrede geradezu eine Widerklage Ojann, Beiträge zur Behandlung der Compensationseinrede, Darmstadt 1885; eine »unentwickelte Widerklage Schollmeyer, Die Compensationseinrede, Berlin und Leipzig 1884 (darüber L. Seuffert, krit. V. J. Sch. Bd. 27, S. 472) und Gruchot's Beiträge, Bd. 31, S. 222; endlich eine Einrede, die nur in gewissen Beziehungen Wirkungen hat, wie eine Widerklage, Wex, Gruchot's Beiträge, Bd. 31, S. 248; Eck, Behrend's Zeitschrift, Bd. 3, S. 139—140; Planck, Lehrbuch des deutschen Civilproceßrechts, Bd. 1, Nördlingen 1887, S. 263; Lippmann, Zeitschrift für deutschen Civilproceß, Bd. 13, S. 100; Wach, Vorträge über die Reichscivilproceßordnung, 9. Aufl., Bonn 1896, S. 138, 140, 1. Aufl., Bonn 1879, S. 105, 106; Gaupp, Civilproceßordnung, unter Mitwirkung von Stein, 3. Aufl., Bd. 1, Freiburg i. B. 1897, S. 325; R. Schmidt, Lehrbuch des deutschen Civilproceßrechts, Leipzig 1898, S. 864.

[2]) v. Schrutka, Ueber die Präjudicialität als Voraussetzung des Zwischenantrages auf Feststellung (§§ 236, 259 Abs. 2 C. P. O.), Zeitschrift für Notariat und freiwillige Gerichtsbarkeit, 1900, Nr. 10, S. 73—75.

Theilurtheils das Vorbringen des Beklagten ohne dessen Zuthun die Einredeform abstreift und von da an eigentlich ein selbstständiger Proceß über die Gegenforderung durchgeführt wird, dem der Compensationszweck nicht mehr wesentlich ist.[1]) Zu einer solchen Ueberspannung der im Gesetze enthaltenen Fiction könnte man sich nur dann entschließen, wenn ohne dieses geradezu verzweifelte Auskunftsmittel eine verständige Interpretation unserer Norm unmöglich wäre.

Aber selbst angenommen, daß ohne diese Erweiterung der gesetzlichen Fiction das Auskommen nicht zu finden wäre, es gibt eine ganze Reihe von Fällen, in denen der buchstäblich verstandene, allgemein lautende Imperativ des Gesetzes: »Die Verhandlung über die Gegenforderung ist (sic volo, sic iubeo!) ohne Unterbrechung fortzusetzen« undurchführbar ist. Wir wollen im Folgenden die nächstliegenden zusammenstellen.

Nach der m. E. zu billigenden Anschauung des Obersten Gerichtshofes steht nichts im Wege, daß der Beklagte, der in einem Processe sich auf seine Gegenforderung beruft, um die Klage mit der Einwendung der Compensation abzuwehren, eben dieselbe Gegenforderung in einem zweiten, gleichzeitig anhängigen Processe mittelst Klage verfolgt. Durch Vorschützung der bloßen Einwendung der Compensation wird eben die Forderung noch nicht rechtshängig[2]). Wenn nun im ersten Processe das Theilurtheil ergeht, so würde der hier bekämpfte Imperativ, falls man ihn so allgemein anwenden wollte, als er lautet, bewirken, daß die Gegenforderung kraft Gesetzes auch im ersten Processe rechtshängig wird.

---

[1]) Anderer Ansicht Klein, Vorlesungen, V. 212, 215, 217. Wie im Texte auch Wach, Vorträge, 2. Aufl., S. 110, 111, Note ***.

[2]) Sammlung, Nr. 4265 und 11655. Jetzt auch E. vom 22. Juli 1898, Nr. 9887, Civilentscheidungen, I, Nr. 10. Aus der Begründung der zuletzt genannten E. sei folgendes hieher gesetzt: »Bei der Entscheidung über die Einwendung der Streitanhängigkeit ging das Berufungsgericht von einer irrigen Ansicht aus, indem es die Streitanhängigkeit als vorhanden annahm, obgleich die Gegenforderung in dem ersten Processe von dem Beklagten blos durch Einwendung geltend gemacht worden ist; denn die blos einredeweise Berufung auf eine compensable Gegenforderung bewirkt noch nicht Streitanhängigkeit dieses Anspruches im Sinne des § 232 C. P. O., da sie zu einer rechtskräftigen Entscheidung über den Bestand der Gegenforderung nicht führen muß.« Vgl. auch »Beantwortung der Fragen . .« zu § 232 C. P. O. Punkt 1, Abs. 2. Anderer Ansicht R. Pollak, Grünhut's Zeitschrift, Bd. 22, S. 512, und neuestens Klein, Vorlesungen, S. 217.

Im deutschen Rechte ist diese Frage sehr eingehend erörtert worden. Die Literatur findet sich bei Geib, Theorie der gerichtlichen Compensation, Tübingen 1897, S. 153, Note 2, zusammengestellt. Ich hebe nur hervor, daß sich gegen die Rechtsanhängigkeit der Gegenforderung besonders eingehend ausgesprochen hat Petersen in den Note 1, S. 21, angeführten Abhandlungen, und daß auch das deutsche Reichsgericht den Standpunkt unseres Obersten Gerichtshofes theilt. Entsch. des Reichsgerichtes in Civilsachen, Bd. 6, S. 420; Bd. 16, S. 375; Bd. 18, S. 413; Bd. 27, S. 299; Bd. 31, S. 5; Seuffert Archiv, Bd. 50, S. 355 f., Nr 212.

Es kann sich auch ereignen, daß der Beklagte eine und dieselbe Forderung in mehreren Processen compensando entgegenhält[1]). Wenn nun in allen Theilurtheile gefällt werden, so bewirkt unser Imperativ, daß die Gegenforderung in allen diesen Processen kraft Gesetzes zugleich rechtshängig wird!

Nach richtiger Ansicht kann der Beklagte der Klageforderung unter Umständen[2]) mehrere Gegenforderungen entgegensetzen. Er kann sagen: Ich compensire mit der Forderung a und, wenn diese nicht besteht oder nicht ausreicht, mit der Forderung b und, wenn auch diese nicht besteht oder nicht ausreicht, mit der Forderung c u. s. w. Was soll hier unser Imperativ wirken? Daß nur die Forderung a streitanhängig wird? Oder daß alle Gegenforderungen streitanhängig werden?

Es kann auch geschehen, daß der Beklagte sich auf eine Gegenforderung beruft, der, wenn man genauer zusieht, die Compensabilität fehlt. In der Verhandlung vor dem Theilurtheile war dieser Mangel noch nicht zu Tage getreten und darum vom Richter übersehen worden. Nichtsdestoweniger würde unser Imperativ fordern, daß über die Gegenforderung die Verhandlung ohne Unterbrechung fortgesetzt werde, ohne daß hier der Mangel der Compensabilität zur Sprache gebracht werden dürfte!

Es gibt ferner Gegenforderungen, die nur mittelst der Einwendung der Compensation und nicht mittelst Klage geltend gemacht werden dürfen. Ich erinnere an Art. 349, 386 und 408 H. G. Nach denselben können Ansprüche wegen Mängel gelieferter Waaren, dann Ansprüche gegen Spediteure und Frachtführer wegen Verlustes, wegen Verminderung, Beschädigung oder verspäteter Ablieferung des Frachtgutes nach Ablauf der Verjährungszeit weder durch Klage noch durch Einrede geltend gemacht werden; wurde jedoch dem Verpflichteten vor Eintritt der Verjährung Anzeige von der betreffenden Thatsache gemacht, so bleiben die Einreden auch nach stattgefundener Klageverjährung bestehen, und die verjährten Ansprüche können also compensationsweise geltend gemacht werden. Und zwar nicht blos der Klage aus dem betreffenden Contracte gegenüber[3]). Auch hier kann unser Imperativ nicht platzgreifen.

Endlich gibt es Fälle, in denen von dem Requisit der Gegenseitigkeit der Forderungen (§ 1441 a. b. G. B.) abgesehen wird. Nach einer m. E. nicht unanfechtbaren Ansicht[4]) kann vermöge eines arg. aus § 1363 a. b. G. B. der belangte Bürge mit einer Forderung compensiren, welche dem Hauptschuldner zusteht[5]). Soll hier unser

[1]) Kohler, Zeitschrift für deutschen Civilproceß, Bd. 20, S. 37.
[2]) Hasenöhrl, Obligationenrecht, 2. Aufl., Bd. 2, S. 572, 573.
[3]) Hanausek, Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Waare, Abtheilung 2, Berlin 1884, S. 330, 331.
[4]) Kohler, Zeitschrift für deutschen Civilproceß, Bd. 20, S. 3—5.
[5]) Unger, Grünhut's Zeitschrift, Bd. 15, S. 544; Hasenöhrl, Obligationenrecht, 2. Aufl., Bd. 2, S. 278, Note 71.

Imperativ bewirken, daß eine Forderung, welche gar nicht dem Beklagten, sondern einem Dritten zusteht, rechtshängig wird? Ich weiß wohl, daß der Dritte von der Rechtskraft des über seine Forderung ergehenden Erkenntnisses nicht erfaßt wird; allein wo bleibt da das gesetzgeberische Motiv, auf das sich die buchstäbliche Auslegung des Schlußsatzes in § 391, Abs. 3 C. P. O. immer und immer wieder beruft, einen zweiten Proceß zu ersparen? Aehnliches ist von dem umgekehrten Falle zu sagen, daß z. B. der vom Cessionar belangte Cessus mit einer Gegenforderung compensirt, welche ihm gegen den Cedenten zusteht (§ 1442 a. b. G. B.).

In allen hier berührten Fällen hat eine Verhandlung über die Gegenforderung nur Sinn, wenn sie im Dienste der Compensationseinwendung vor sich geht.

Bisher haben wir stillschweigend vorausgesetzt, daß es sich um Gegenforderungen handelt, die vor dem Proceßgerichte mittelst Widerklage geltend gemacht werden könnten, ohne daß das Hinderniß der Unzulässigkeit des Rechtsweges oder der Unzuständigkeit des Gerichtes im Wege stünde (§ 96 J. N.). Jetzt wollen wir auch noch diese Complication in die Erörterung einbeziehen.

Für die Wirksamkeit der Compensationserklärung ist es ganz und gar gleichgiltig, ob die Forderungen zur Cognition der Gerichte oder der Verwaltungsbehörden gehören, ob sie in die Competenzsphäre der ordentlichen (§ 1 J. N.) oder der außerordentlichen, der Gerichte mit allgemeiner Gerichtsbarkeit oder der Causalgerichte oder eines Schiedsrichters fallen. Das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch macht da keinen Unterschied. Insbesondere kann das Requisit der Gleichartigkeit (§ 1438 a. b. G. B.) nicht hieher bezogen werden. Es steht also z. B. nichts im Wege, daß gegen eine Forderung aus einem Darlehensvertrage eine Forderung auf Ersatz eines Wildschadens[1]) oder eine Forderung aus einem gewerblichen Lohnverhältnisse[2]) oder eine Wechselforderung[3]) aufgerechnet wird.

Ist das richtig, so kann sich auch der Beklagte mittelst der Einwendung der Compensation auf eine Gegenforderung berufen, welche an und für sich zur Cognition einer Verwaltungsbehörde gehörte oder für welche das Proceßgericht unzuständig wäre[4]). Der

---

[1]) Marchet, Art. Wildschaden, im österreichischen Staatswörterbuch, Bd. 2, Hälfte 2, S. 1582 ff.

[2]) Gesetz vom 27. November 1896, R. G. Bl. Nr. 218, betreffend die Einführung von Gewerbegerichten und die Gerichtsbarkeit in Streitigkeiten aus dem gewerblichen Arbeits-, Lehr- und Lohnverhältnisse, § 4, lit. a.

[3]) Kitka, Allg. österr. Gerichts-Zeitung, 1853, Nr. 60.

[4]) Anderer Meinung: B. Beck, Zehn Abhandlungen zum neuen österr. Civilproceßrecht, Wien 1898, S. 1—3. Dagegen G. Neumann, Commentar zu den Civilproceßgesetzen, Wien 1898, S. 561, Note 5; v. Neumann-Ettenreich, Allg. österr. Gerichts-Zeitung, 1898, Nr. 2, S. 13.

Beklagte macht ja die Gegenforderung nicht wie ein Kläger geltend, sondern behauptet nur, dieselbe zur Tilgung der Klageforderung aufgeopfert zu haben. Allerdings hat der Richter zu untersuchen, ob die Gegenforderung bestanden hat, und sich über den Bestand, besser über das Bestandhaben derselben eine Meinung zu bilden, weil hievon die Entscheidung über die Klageforderung abhängt. Aber damit macht er sich keineswegs eines Eingriffes in die Competenz des zuständigen Gerichtes oder der zuständigen Verwaltungsbehörde schuldig. Es steckt eben in der Zuständigkeit eines Gerichtes für einen bestimmten Rechtsstreit Recht und Pflicht dieses Gerichtes, alle Vorfragen zu untersuchen, von deren Beantwortung die Entscheidung der Hauptsache abhängt, mögen sie auch ex professo vor ein anderes Gericht oder eine Verwaltungsbehörde gehören. Nur wenn die Vorfrage in einem anderen bereits anhängigen Rechtsstreite oder in einem bereits anhängigen Verwaltungsverfahren ex professo zur Feststellung gelangen soll, so kann die Verhandlung über die Compensationseinwendung auf so lange Zeit unterbrochen werden, bis in Ansehung der Gegenforderung eine rechtskräftige Entscheidung in dem anderen Rechtsstreit oder in dem Verwaltungsverfahren vorliegt (§ 190 C. P. O.). Diese rechtskräftige Entscheidung, aber auch die Meinung, welche sich sonst das Proceßgericht über Bestand und Nichtbestand der Gegenforderung gebildet hat, kommt im Urtheile lediglich als Entscheidungsgrund in Betracht. Von diesem letzteren »Element« gilt nach § 411 C. P. O., wie wir schon früher hervorgehoben haben, etwas besonderes. Es wird, wenigstens regelmäßig, von der Rechtskraft des Erkenntnisses innerhalb der in dem citirten Paragraph angegebenen Grenze (quoad summam concurrentum) mitumfaßt, ohne daß ein Zwischenantrag auf Feststellung (§§ 236, 259 Abs. 2. C. P. O.) vorangegangen wäre. Der Zwischenantrag wird, wie schon oben bemerkt wurde, sozusagen fingirt. Diese Fiction ist praktisch von Bedeutung. Sie nöthigt uns, auch hier die Bestimmung des § 236 C. P. O. zur Anwendung zu bringen, vermöge welcher der Zwischenantrag wirkungslos ist, »wenn die Vorschriften über die sachliche Zuständigkeit der Gerichte der beantragten Entscheidung entgegenstehen«. Das heißt, das Gericht hat sich zwar eine Meinung zu bilden über die zur Compensation eingewendete, der Cognition eines anderen Gerichtstypus oder einer Verwaltungsbehörde unterworfene Gegenforderung, aber der Ausspruch über dieselbe wird ausnahmsweise, trotz der allgemein lautenden Vorschrift des § 411 C. P. O., der Rechtskraft des Erkenntnisses nicht theilhaft.

Wie soll sich die buchstäbliche Auslegung des § 391 Abs. 3 C. P. O. mit den zuletzt besprochenen Fällen abfinden? Der Schlußsatz, daß die Verhandlung wegen der Gegenforderung fortzusetzen sei, ist, so energisch er auch klingt, einfach unanwendbar, wenn die Gegenforderung an sich zur Cognition der Administrativbehörde oder eines

anderen Gerichtes gehört. Es ist ja auch die Feststellungswiderklage ausgeschlossen, wenn Unzulässigkeit des Rechtsweges oder unheilbare Unzuständigkeit des Gerichtes vorliegt (§ 96 J. N.).

Alle Schwierigkeiten, welche sich an die buchstäbliche Auslegung unserer Gesetzesstelle anknüpfen, verschwinden, wenn man, wie es hier geschieht, annimmt, daß Gegenstand der nach dem Theilurtheile fortgesetzten Verhandlung nicht die Gegenforderung, sondern nach wie vor die Klageforderung unter dem Gesichtswinkel ist, ob sie durch die Einwendung der Compensation getilgt erscheint.

Mit Rücksicht auf diesen Inhalt der fortgesetzten Verhandlung bleibt nur der Ausweg übrig, das vorausgegangene Theilurtheil nach dem Vorbilde der Entscheidung der Vereinigten Civilsenate des deutschen Reichsgerichtes vom 10. April 1893 (Entscheidungen des Reichsgerichtes, Bd. 31, S. 1 f.) als Vorbehaltsurtheil[1]) zu construiren. Bereits oben haben wir gesehen, daß ohne das Vorbehaltsurtheil auch schon im älteren österreichischen Rechte (§ 16 der kais. Vdg. vom 16. November 1858, R. G. Bl. Nr. 213) nicht auszukommen war. Und daß es auch dem Rechte der neuen Civilproceßordnung nicht fremd ist, ergibt sich aus § 404 C. P. O., wo es heißt: »Das in der Hauptsache

[1]) Die Auslegung, welche das Reichsgericht in der im Texte angeführten Entscheidung den §§ 136 und 174 der Civilproceßordnung für das Deutsche Reich (alte Zählung) gegeben hatte, ist jetzt sanctionirt durch die Fassung, welche § 174 durch das Gesetz vom 17. Mai 1898 erhalten hat. Sie lautet (§ 302 C. P. O. der neuen Zählung):

»Hat der Beklagte die Aufrechnung einer Gegenforderung geltend gemacht, welche mit der in der Klage geltend gemachten Forderung nicht in rechtlichem Zusammenhange steht, so kann, wenn nur die Verhandlung über die Forderung zur Entscheidung reif ist, diese unter Vorbehalt der Entscheidung über die Aufrechnung erfolgen.

Enthält das Urtheil keinen Vorbehalt, so kann die Ergänzung des Urtheiles nach § 321 beantragt werden.

Das Urtheil, welches unter Vorbehalt der Entscheidung über die Aufrechnung ergeht, ist in Betreff der Rechtsmittel und der Zwangsvollstreckung als Endurtheil anzusehen.

In Betreff der Aufrechnung, über welche die Entscheidung vorbehalten ist, bleibt der Rechtsstreit anhängig. Soweit sich in dem weiteren Verfahren ergibt, daß der Anspruch des Klägers unbegründet war, ist das frühere Urtheil aufzuheben, der Kläger mit dem Anspruch abzuweisen und über die Kosten anderweit zu entscheiden. Der Kläger ist zum Ersatze des Schadens verpflichtet, der dem Beklagten durch die Vollstreckung des Urtheils oder durch eine zur Abwendung der Vollstreckung gemachte Leistung entstanden ist. Der Beklagte kann den Anspruch auf Schadenersatz in dem anhängigen Rechtsstreite geltend machen; wird der Anspruch geltend gemacht, so ist er als zur Zeit der Zahlung oder Leistung rechtshängig geworden anzusehen.«

Entwurf eines Einführungsgesetzes zum bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Amtliche Ausgabe, Berlin und Leipzig 1888, S. 3, 5; Motive, daselbst, S. 73, 74; Entwurf eines Gesetzes, betreffend Aenderungen der Civilproceßordnung. Materialien zu den Reichsjustizgesetzen, Berlin 1898, S. 14, 25. Begründung, S. 129, 130, 148, 149.

gefällte Urtheil hat alle die Hauptsache betreffenden Anträge zu erledigen, sofern nicht ... einzelne dieser Anträge einer abgesonderten Erledigung vorbehalten wurden.« Das der Klage stattgebende (Theil-)Urtheil ergeht unter dem Vorbehalte abgesonderter Erledigung des Antrages des Beklagten, die Klage auf Grund der Einwendung der Compensation zurückzuweisen.

Ob sich auch das Justizministerium in der »Beantwortung der Fragen« (Vdg. des Justizministeriums vom 3. December 1897, Z. 25801, J. M. V. Bl. Nr. 44) zu § 391 Punkt 3 C. P. O. diese Construction angeeignet habe, ist zweifelhaft[1]).

Allerdings spricht dasselbe von einem »Vorbehalte«, aber doch nur von einem »Vorbehalte bezüglich der noch ausstehenden Entscheidung über die Gegenforderung«. Allein es steht eben, wie früher ausgeführt würde, nicht die Entscheidung über die Gegenforderung, sondern die über die exceptio compensationis, also die Entscheidung darüber, ob die Klageforderung getilgt ist, aus. Und darum ist wohl anzunehmen, daß das Justizministerium doch auch an den Vorbehalt der Compensationseinwendung gedacht hat. Diese Annahme wird dadurch bekräftigt, daß es nur unter dieser Voraussetzung verständlich ist, daß das Ministerium den Richter anweist, im Endurtheile (1) über die Gegenforderung zu erkennen »und (2), soferne diese als zu Recht bestehend anerkannt wird, auszusprechen, ob und in welchem Maße der mittelst Theilurtheils zuerkannte Anspruch dadurch getilgt sei«. Das involvirt thatsächlich eine materielle Aufhebung des vorausgegangenen Theilurtheils, in welchem ausgesprochen ist, daß der Beklagte zu zahlen schuldig sei, während das Endurtheil sagt, daß er es nicht sei und auch zur Zeit der Erlassung des Theilurtheiles nicht war (§ 1438 a. b. G. B.)[2]). Angesichts dieser Weisung ist es unbegreiflich, wie das Justizministerium kurz vorher behaupten kann, daß das Theilurtheil in dem später folgenden Endurtheile nicht aufgehoben werden darf. Aus dem § 392 Abs. 1 C. P. O. läßt sich das jedenfalls nicht mit Sicherheit folgern. Denn aus demselben würde sich auch ergeben, daß das Theilurtheil auch nicht im Wege der Wiederaufnahmeklage aufgehoben werden kann, was gewiß unrichtig ist.

Wenn auf Grund des »Theilurtheiles« des § 391 Abs. 3 C. P. O. die in demselben anerkannte Klageforderung gutwillig bezahlt

[1]) Vgl. Hergel, Allg. österr. Gerichts-Zeitung, 1899, S. 196. Der Verfasser der Bemerkungen zu der sogenannten Beantwortung, Juristische Blätter, 1898, Nr. 10, sagt geradezu, daß im Sinne des Justizministeriums »ein vorbehaltloses, vollstreckbares Theilurtheil zu fällen sei«.

[2]) Den im Texte angegebenen Inhalt hat das Endurtheil bloß dann, wenn man die in dieser Abhandlung vertretene Ansicht billigt. Steht man auf dem Standpunkte des Justizministeriums, dann sagt das Endurtheil nur, daß Beklagter zu zahlen nicht schuldig sei und es von dem Augenblick an nicht war, in dem die Gegenforderung liquid gemacht wurde.

oder im Wege der Execution eingetrieben worden ist, so tritt im Falle der Aufhebung desselben im Endurtheile dieselbe Wirkung ein, als wenn ein zur Zahlung verurtheilendes Erkenntniß nachträglich im Wege der Wiederaufnahmeklage (cf. § 531 C. P. O.) durch ein freisprechendes ersetzt wird. Es zeigt sich ex post, daß eine Nichtschuld gezahlt, daß eine Nichtschuld im Wege der Execution eingetrieben worden ist, und es muß res integra hergestellt werden.

Was ist Rechtens, wenn das das »Theilurtheil« aufhebende Endurtheil während des auf Grund des ersteren eingeleiteten Zwangsvollstreckungsverfahrens ergeht? Das Justizministerium meint, daß in diesem Falle dem Executen die Oppositionsklage nach § 35 E. O. oder das Oppositionsgesuch nach § 40 E. O. zu Gebote stehen. Allein damit kann ich mich nicht einverstanden erklären. Es fehlt das factum subsequens, das die citirten Gesetzesstellen voraussetzen. Man kann nicht sagen, daß die Klageforderung erst nach Entstehung des Executionstitels aufgehoben worden ist. Vielmehr ist durch das Endurtheil klargestellt, daß schon das Theilurtheil ihr Erloschensein hätte aussprechen müssen. Es kommt hier wohl § 39 Z. 1 E. O. zur Anwendung, kraft dessen die Execution unter gleichzeitiger Aufhebung aller bis dahin vollzogenen Executionsacte einzustellen ist, wenn der ihr zu Grunde liegende Executionstitel durch rechtskräftiges Urtheil aufgehoben wird. Und vorher, d. h. bevor das rechtskräftige Endurtheil vorliegt, kann nach der Analogie des § 42 Z. 2 die Aufschiebung (Hemmung) der Execution bewirkt werden.

Wenn der Kläger auf Grund des Theilurtheils Execution gegen den Beklagten geführt hatte, und im Endurtheile erkannt wird, daß die Klageforderung als durch Compensation getilgt anzusehen ist, so ist der Kläger jedenfalls gehalten, dem Beklagten den eingetriebenen Betrag zurückzuzahlen. Es fragt sich, ob die Haftung des Klägers noch weiter reicht, ob er auch verpflichtet ist, den Schaden zu ersetzen, der dem Beklagten durch die Vollstreckung zugefügt worden ist Die neue Civilproceßordnung für das Deutsche Reich (§ 302 neuer Zählung) bejaht diese Frage[1]) unbedingt und stellt sich auf den Standpunkt, daß der Kläger, der Execution führt, obgleich er weiß, daß die Verhandlung über die Compensationseinwendung noch im Zuge ist, auf seine Gefahr handelt. Nach österreichischem Rechte wird wohl ebenso zu entscheiden sein. Allerdings fehlt eine ausdrückliche Bestimmung. Aber die Analogie des § 376 letzter Abs. E. O. tritt in die Lücke. Unser Vorbehaltsurtheil hat große Aehnlichkeit mit dem Zahlungsauftrag (Mandat) des Mandatsverfahrens (§§ 548—550, 557 C. P. O.), gegen den rechtzeitig Einwendungen (§§ 552, 559 C. P. O.) erhoben worden sind. Auf Grund eines solchen kann trotz der Ein-

[1]) Vgl. Note 1 auf S. 26.

wendungen Execution, aber nur bis zur Sicherstellung geführt werden (§ 371 Ziff. 2 E. O.). Wenn nun nachträglich in dem über die Einwendungen ergehenden Urtheile die Klageforderung rechtskräftig aberkannt wird (§ 376 Ziff. 3 E. O.), sind nicht nur die vollzogenen Executionshandlungen aufzuheben, sondern der Kläger hat auch den dem Beklagten verursachten Schaden zu ersetzen. Vermöge eines argumentum a maiore ad minus können wir schließen: Wenn schon der Mandatskläger, der nur Execution bis zur Sicherstellung führt, also keinen so tief gehenden Eingriff in das Vermögen des Beklagten unternimmt, auf eigene Gefahr handelt, um wie viel mehr der Kläger der auf Grund des Vorbehaltsurtheils Execution bis zur Befriedigung führt.

Das Ergebniß unserer Betrachtungen ist kurz folgendes. Bei liquider Klageforderung und noch illiquider Gegenforderung ist nach heutigem Rechte der Richter weder berechtigt noch verpflichtet, die Einwendung der Compensation wegen Illiquidität der Gegenforderung zu verwerfen, sondern er hat die Wahl, entweder die Verhandlung über die Einwendung der Compensation fortzuführen und sohin ein Endurtheil zu fällen, oder sofort in einem Theil-, beziehungsweise Vorbehaltsurtheil den Beklagten zur Zahlung an den Kläger zu verurtheilen, wegen der Compensationseinwendung jedoch die Verhandlung fortzusetzen und im Endurtheile über dieselbe zu erkennen. Wird ihr stattgegeben, so hat dies eine Aenderung des vorausgegangenen Theilurtheils zur Folge: Kläger wird nachträglich mit seiner (durch Compensation getilgten) Forderung abgewiesen.

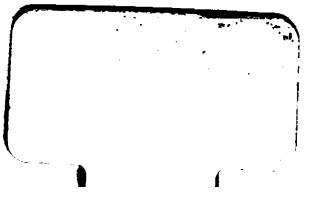
Nunmehr ist uns auch das Verständniß der Bestimmungen erschlossen, welche der § 391 Abs. 3 C. P. O. für den Fall I enthält, daß »nur die Verhandlung über den Klageanspruch zur Entscheidung reif ist« und die Ergebnisse der Verhandlung zur Verneinung desselben führen. Nach dem, was wir oben dem Buchstaben des Gesetzes entnehmen zu müssen geglaubt haben, hätte da der Richter die Wahl zwischen einem klageabweisenden End- und einem solchen Theilurtheil und wäre nur im letzteren Falle die Verhandlung »wegen der Gegenforderung« fortzusetzen. Da wir jetzt wissen, daß die Verhandlung im Sinne des Schlußsatzes des § 391 Abs. 3 C. P. O. nicht eigentlich wegen der Gegenforderung, sondern wegen der Einwendung der Compensation fortgesetzt wird, so können wir bei der buchstäblichen Auslegung nicht bleiben. Was hätte es für einen Sinn, über die Einwendung der Compensation zu verhandeln, falls feststeht, daß die Klageforderung nicht existirt, also Compensation unmöglich ist. Man bedenke doch, daß die Einwendung der Compensation nur für den Fall erhoben war, daß die Klageforderung besteht. Hieraus ergibt sich, daß in dem Falle I überhaupt nur ein klageabweisendes Endurtheil und niemals ein Theilurtheil gefällt werden kann. Der

§ 391 Abs. 3 C. P. O. hat nur eine processuale Situation vor Augen, vermöge welcher der Richter auf die Einwendung der Compensation einzugehen Anlaß hat.

Zum Schlusse muß ich noch auf einen Punkt zurückkommen, mit dessen Erörterung ich bis jetzt zurückgehalten habe. Die bisherigen Ausführungen beziehen sich, wie der § 391 Abs. 3 C. P. O., nur auf Fälle, in denen die mittelst Einwendung geltend gemachte Gegenforderung mit der in der Klage geltend gemachten Forderung »nicht im rechtlichen Zusammenhange steht«.

Was gilt nun, wenn ein solcher rechtlicher Zusammenhang vorhanden ist?

Die Antwort auf diese Frage ist unzweifelhaft: Es darf kein Theilurtheil gefällt werden. Trotz der Liquidität der Klage- und Illiquidität der Gegenforderung ist die Verhandlung ohne Caesur fortzusetzen und schließlich ein Endurtheil zu erlassen. Hienach ist es von praktischer Bedeutung, den Begriff des rechtlichen Zusammenhanges im Sinne der citirten Gesetzesstelle zu definiren. Da auch der Parallelparagraph der Civilproceßordnung für das Deutsche Reich (274 alter, 302 neuer Zählung) denselben Begriff verwendet, so können wir uns im Folgenden an die Literatur des deutschen Rechtes anlehnen. Wie in der deutschen wird auch in unserer Gesetzgebung der rechtliche Zusammenhang offensichtlich dem thatsächlichen entgegengesetzt[1]). Die rechtliche Connexität »schließt also den Fall aus, daß zwei Ansprüche nur durch die zu prüfenden Thatsachen, mit anderen Worten den historischen Entstehungsgrund »»zusammenhängen««? Vielmehr soll die Betonung des rechtlichen Zusammenhanges nur den Fall ergreifen, wo die »»Rechte«« als solche, mit anderen Worten die von ihrem Entstehungsgrund losgelösten Ansprüche zusammenhängen, wo also der Inhalt des einen Anspruches bereits einen Anspruch vom Inhalt des anderen Proceßgegenstandes nach sich zieht«[2]). Das gilt nach österreichischem Rechte, wie oben ausgeführt ist, nur, wo aus einem Vertrag zwei actiones directae abfließen. Demnach fällt das Gebiet, auf dem nach der neuen Civilproceßordnung kein Theilurtheil gefällt werden darf, zusammen mit demjenigen, auf dem nach dem allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche das Requisit der Richtigkeit (Liquidität) der Gegenforderung keine materiellrechtliche Bedeutung hatte.

[1]) § 11. Z. 1 C. P. O. »aus demselben thatsächlichen oder rechtlichen Grunde«; § 227 C. P. O. »auch wenn sie nicht im thatsächlichen oder rechtlichen Zusammenhange stehen.« Ebenso § 4 des Gesetzes vom 27. April 1873, R. G. Bl. Nr. 57, betreffend das Mahnverfahren (Art. XXVIII E. G. z. C. P. O.). Nur § 25 J. N. spricht allgemein von »Zusammenhang«.

[2]) R. Schmidt, Lehrbuch des deutschen Civilproceßrechts, Leipzig 1898, S. 858, 859.